



La France face au droit américain de la lutte anti-corruption Compte-rendu de la table ronde organisée le 7 juin 2017 par le Diplôme d'Université « Compliance Officer - Responsable Conformité » de l'Université Panthéon-Assas

La table ronde « La France face au droit américain de la lutte anti-corruption » a été organisée par le Diplôme d'Université « *Compliance Officer – Responsable Conformité* » de l'Université Panthéon-Assas sous l'égide du Professeur Antoine Gaudemet (co-directeur de l'Ecole de droit et management de l'Université Panthéon-Assas) le 7 juin 2017. Elle a réuni les meilleurs spécialistes autour de l'ouvrage récent d'Emmanuel Breen, *FCPA : la France face au droit américain de la lutte anti-corruption* (Lextenso, coll. Pratique des affaires, mars 2017)..

Antoine Gaudemet ouvre la séance en présentant les participants à la table ronde :

- Emmanuel Breen , avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université Paris-Sorbonne
- Didier Rebut, professeur de droit pénal à l'Université Panthéon-Assas étroitement associé aux travaux préparatoires à la loi Sapin II
- Elisabeth Zoller, professeur à l'Université Panthéon-Assas, spécialiste renommée de droit international public et de droit américain
- Astrid Mignon-Colombet, avocate associée et managing partner du cabinet Soulez-Larivière, experte des procédures pénales transatlantiques
- Laurent Cohen-Tanugi, avocat et essayiste, membre du club fermé des moniteurs d'entreprise.

Antoine Gaudemet ouvre les débats en mettant en lumière trois idées majeures qui ressortent de l'ouvrage d'Emmanuel Breen : la première est l'idée de diplomatie juridique : les Etats-Unis sont parvenus, par leur activité diplomatique, à diffuser leur modèle juridique de lutte contre la corruption transnationale et à faire du FCPA – le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 - un véritable standard international, comme le montre encore la récente loi Sapin II. La deuxième est celle du pragmatisme des autorités américaines, qui s'émancipent le plus souvent du procès pénal et préfèrent la conclusion de transactions rapides et efficaces faisant primer l'impératif économique d'efficacité sur l'idéal de la manifestation de la vérité judiciaire. La troisième idée a trait à l'application extraterritoriale du FCPA : même si celle-ci est indéniable, l'étude précise du texte du FCPA (dont Emmanuel Breen propose une nouvelle traduction française) montre qu'à rebours des idées reçues, les sociétés *non américaines non cotées* aux Etats-Unis ne relèvent, en droit, que d'une application *territoriale* : autrement dit, le FCPA n'est applicable à ce type de sociétés que si elles ont commis des actes de corruption « sur le territoire des Etats-Unis ».

1) Emmanuel Breen replace d'abord le FCPA dans sa perspective historique.

La notion de « droit global » est le mot clé car elle permet de mieux comprendre ce que le FCPA a de nouveau. La dynamique internationale engagée par le FCPA ne relève ni du droit international classique - fondé sur les souverainetés nationales - ni d'un véritable ordre juridique mondial. Elle consiste plutôt en un mouvement de dépassement des frontières du droit pour apporter une réponse pragmatique à certains problèmes globaux : la distinction droit international public / droit comparé se brouille et on assiste à l'invention de formes inédites de justice transnationale, sur fond d'émergence d'une culture juridique commune à l'échelle mondiale.

En 1977, suite aux affaires Watergate et Lockheed-Martin, le Congrès de Etats-Unis vote le FCPA. C'est, dans l'histoire du droit, la première fois qu'une loi nationale criminalise la corruption d'agents publics étrangers. Aux Etats-Unis, le débat est alors le suivant : l'entreprise américaine ne va-t-elle pas être défavorisée à l'international par rapport à ses concurrentes non-américaines, qui ne relèvent pas d'une législation nationale similaire ? Faut-il amender le FCPA pour le rendre moins strict ou faut-il au contraire l'internationaliser afin que toutes les entreprises exportatrices soient soumises à des exigences comparables ? C'est la seconde voie qui a été choisie, la diplomatie américaine s'attachant à convaincre ses homologues de se doter d'une législation nationale comparable au FCPA.

Ce faisant, les autorités américaines combinent habilement multilatéralisme et unilatéralisme. D'une part, en effet, les Etats-Unis sont à l'origine de la convention OCDE de 1997 et celle de l'ONU de 2003 contre la corruption transnationale. Ces conventions – et tout particulièrement la convention OCDE – sont très largement inspirées du FCPA de 1977, mais leur processus d'adoption relève d'un processus classique de négociation d'un traité international multilatéral. Cependant, la dynamique instaurée par les Etats-Unis se prolonge par une véritable subversion le droit international. En 2006, en effet une transaction est conclue entre le Department of Justice américain (le DOJ), la SEC (l'autorité de régulation boursière américaine) et la société pétrolière norvégienne Statoil pour des faits de corruption en Iran. Statoil avait déjà transigé avec les autorités norvégiennes pour environ 3 millions de dollars mais les autorités américaines

avaient considéré qu'elles étaient également compétentes au titre du FCPA, Statoil ayant des titres cotés aux Etats-Unis. Considérant que 3 millions de dollars n'était pas un montant assez élevé, elles ajoutaient 7 millions et imposaient la nomination d'un moniteur indépendant. Ainsi était lancée la grande série des amendes-record imposées par le DOJ et la SEC contre les entreprises étrangères, sur la base de l'application extraterritoriale du FCPA. L'unilatéralisme prend ainsi le relais du multilatéralisme, et les procédures pénales américaines s'imposent en pratique comme une modalité de mise en œuvre de la convention OCDE, dont les Etats-Unis se font le gendarme universel.

Les Etats-Unis mènent donc le jeu: une internationalisation du FCPA et de tout le système procédural américain s'opère. Des régulateurs internationaux tels que la Banque mondiale et d'autres institutions financières internationales prennent également le relais.

Ce faisant, on observe l'émergence d'une culture juridique commune à l'échelle mondiale. En France, cela est observable avec la loi Sapin II, qui acclimate en France des notions juridiques venues des Etats-Unis, comme en particulier la notion de programme compliance anti-corruption. La France rejoint ainsi une forme de consensus international en provenance des Etats-Unis. De manière paradoxale, c'est peut-être Donald Trump qui risque aujourd'hui de rompre ce consensus aujourd'hui, lui qui a affirmé (avant d'être candidat à la Présidence) que le FCPA est « une loi horrible qui doit être modifiée ». Emmanuel Breen conclut ainsi son propos en observant que quand on dit que « ce qui compte ce sont les emplois américains et ça, c'est plus important que les droits de l'homme, c'est plus important que le climat », il est tout à fait envisageable qu'on dise également « c'est plus important que la lutte contre la corruption ».

2) Didier Rebut se livre ensuite à une comparaison franco-américaine des éléments constitutifs de l'infraction de corruption des agents publics étrangers et des principes de responsabilité.

La lecture de la définition des infractions par le droit américain, dans la nouvelle traduction française qu'en donne l'ouvrage d'Emmanuel Breen, constitue un véritable choc pour le juriste français. En effet, la législation française tient en 2 pages (avec le trafic d'influence), alors que le FCPA s'étend à ce sujet sur des dizaines de pages. Néanmoins, le champ constitutif de l'infraction en droit français est plus large et le Code pénal français est en apparence plus sévère que le FCPA sur bien des points :

- la corruption passive d'agent public étranger est incriminée par le droit français mais non par le droit américain : ce dernier reste plus proche d'une conception classique du droit international public selon laquelle la discipline de l'agent public étranger ne relève que de l'Etat étranger. Le FCPA ne s'immisce pas ainsi dans le fonctionnement des administrations publiques étrangères ;
- le FCPA ne concerne que la corruption dans le cadre de transactions commerciales, alors que l'infraction française inclut tout type de corruption d'agent public étranger ;
- la législation américaine comporte une exception pour les paiements de « facilitation » (des paiements corruptifs de faible montant liés à des actes administratifs usuels, comme par exemple des visas ou des dédouanements) alors qu'en France, ceux-ci tombent dans le champ d'application du délit.

Il existe également en France un nouveau délit de trafic d'influence auprès d'agents publics étrangers (dont le champ d'application a d'ailleurs été étendu encore par la loi Sapin 2). La convention du conseil de l'Europe avait refusé de le créer en raison de la frontière parfois étroite existant entre le trafic d'influence et le lobbying mais cette approche avait été critiquée par l'OCDE et la législation française est aujourd'hui aux avant-postes à cet égard.

Cependant, en pratique, le droit américain reste plus efficace que le droit français dans la répression, en raison de son approche nettement plus souple de l'élément intentionnel de l'infraction et du principe de personnalité des infractions pénales. Dans le FCPA, les entreprises et individus sont responsables du simple fait de n'avoir pas vu ce qui aurait dû être vu alors qu'en France celui qui n'aura pas vu ne sera pas responsable. Aux Etats-Unis, en présence d'agissements de tierces parties, certaines présomptions conduisent à un

renversement de la charge de la preuve : c'est alors à la l'entreprise ou à son collaborateur de prouver qu'il avait de bonnes raisons de penser que les agissements du tiers n'étaient pas illégaux.

En outre, en France, la responsabilité pénale de l'entreprise ne peut être déclenchée que par leurs « organes ou leurs représentants » (C. pénal, art. 121-2), alors qu'en droit américain cette restriction n'existe pas : tout collaborateur de l'entreprise agissant dans le cadre de ses fonctions peut engager la responsabilité pénale de la personne morale.

La souplesse du droit pénal américain sur ces deux points contribue à expliquer que les condamnations au titre du FCPA soient plus nombreuses qu'en France alors même que le périmètre des infractions y est plus restreint. Didier Rebut conclut à cet égard son propos en observant que si la convention OCDE de 1997 ou la convention ONU de 2003 n'indiquent pas que la preuve de l'élément intentionnel peut être établie par les circonstances, rien n'interdit cependant que le droit français évolue dans le sens d'une preuve par un faisceau de circonstances comme c'est déjà le cas en matière de blanchiment.

3) Elisabeth Zoller poursuit cette table ronde en évoquant la question de l'application extraterritoriale du FCPA.

Observant à titre préliminaire que la question de la compliance n'est pas différente de celle de l'obéissance, elle note qu'en France, nous tenons l'obéissance pour acquise. Or aux Etats Unis, elle est une préoccupation plus présente et plus nettement explicitée dans la mesure où dans un système fédéral, il est indispensable que l'Etat fédéral se donne les moyens de faire obéir les états fédérés. Comment faire obéir des états fédérés ? Aux Etats-Unis, une des réponses à ce défi tient dans le fait de donner un droit d'action aux personnes privées. Ces personnes privées doivent aussi être conduites à l'obéissance, sur fond d'une culture très inspirée de l'éthique

protestante, où l'on n'hésite pas à demander à chacun de montrer qu'il a des « clean hands ».

Les Etats-Unis projettent cette réflexion sur l'obéissance à l'extérieur de leurs frontières : comment assurer que les Etats étrangers font leur part du travail répressif, afin que les conditions soient égalisées entre les différents partenaires, et en particulier pour les entreprises : c'est l'idée que le « terrain de jeu » soit le même pour tous (« level playing field »).

C'est dans ce contexte que se développe l'extraterritorialité du droit américain.

Elisabeth Zoller insiste à cet égard sur la nécessité de distinguer, en matière d'extraterritorialité, deux types de législations : la législation commerciale et le respect des droits de l'homme.

L'extraterritorialité du droit américain en matière de commerce international est très ancienne puisqu'elle s'est posée déjà à propos de l'application de la première loi anti-concurrence: le Sherman Antitrust Act de 1890. Ainsi, dans les années 1940, l'affaire *Alcoa*, qui concernait pour une large part des activités menées à l'extérieur des Etats-Unis, conduit à justifier l'extraterritorialité du Sherman Act par l'application d'un double critère fondé sur les effets aux Etats-Unis de l'acte commis à l'étranger: l'intention d'affecter le commerce américain et la capacité effective à l'affecter. A partir des années 1970-1980, un troisième critère est ajouté : celui d'une « règle de raison » et d'une « balance des intérêts », qui permet de poser davantage de limites à l'extraterritorialité. Dans les années 2000, la Cour suprême introduit encore la notion de « courtoisie internationale » permettant de ne pas gêner les poursuites engagées par des Etats étrangers, ce qui est en fait très aléatoire. Plus encore, l'arrêt *Morrison vs National Australian Bank* de la Cour Suprême américaine (2010) fait refluer l'extraterritorialité en matière de législation commerciale, en refusant d'appliquer la théorie des effets pour s'en tenir à une approche « textualiste » qui refuse de faire produire à une loi des effets extraterritoriaux si cette extraterritorialité n'est pas expressément prévue dans son texte. Cette approche se prolonge dans plusieurs décisions de la SEC qui confirment les critères d'applications strictement textuels du FCPA.

S'agissant du respect des Droits de l'Homme, l'Etat ne défend pas ses intérêts mais s'inscrit dans un droit *erga omnes* qui a pu justifier, à partir de 1980 (arrêt *Filartiga*) l'application largement extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute* (ATS) de 1789 qui permet de poursuivre aux Etats-Unis des étrangers coupables de « violation du droit des gens ». Mais à cet égard, la Cour Suprême dans l'affaire *Kiobel vs Royal Dutch Petroleum* (2013), a marqué un coup d'arrêt majeur à l'application de ce texte à des actes commis en dehors du territoire des Etats-Unis, revenant là également à une conception plus strictement textuelle.

4) Astrid Mignon-Colombet se penche ensuite sur les aspects procéduraux de la comparaison franco-américaine, en explicitant le concept américain de deferred prosecution agreement (DPA) et son nouvel homologue français, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) introduite par la loi Sapin II.

Comment concevoir des rapports de force d'un genre nouveau entre l'entreprise et le procureur à travers la justice négociée, qui s'incarne dans la transaction pénale (DPA, CJIP) ? C'est bien toute la nouvelle philosophie qui est posée par la loi Sapin II. Celle-ci introduit une révolution en droit français, en introduisant un outil qui ressemble très fortement au DPA américain ou britannique, révolution qu'Astrid Mignon-Colombet salue comme preuve de la capacité d'adaptation du droit français à la nouvelle donne des poursuites transnationales.

La CJIP soulève trois questions selon elle. La première est celle de la filiation – explicite - entre DPA et la transaction pénale à la française : comme le DPA, la CJIP pose le principe d'un accord entre l'entreprise qui reconnaît les faits et se soumet à des mesures ou programme de surveillance, en échange de l'abandon des poursuites. Il n'y a pas de reconnaissance de culpabilité, et ce, alors même que l'entreprise reconnaît des faits complexes, graves et susceptibles de poursuites pénales. En retour,

l'avantage pour le procureur est de pouvoir mettre en œuvre une sanction rapide, efficace, et surtout visible, car l'affichage (par voie de communiqué de presse et de publication sur internet) est un élément aussi important que la forte amende et le programme de *Compliance* imposé à l'entreprise. Une différence majeure demeure cependant entre la CJIP française et le DPA américain: la CJIP doit être validée par un juge à l'issue d'une audience contradictoire (art. 41-1-2 du Code de procédure pénale).

La seconde question porte sur les enjeux associés à la négociation : pourquoi négocier ? Qu'est-ce qu'on négocie ? Qui négocie ? Le procureur peut proposer une transaction, mais qu'en est-il de l'entreprise ? Sur quels critères cette dernière peut-elle se baser pour choisir la voie de la négociation ? A quel moment faut-il entrer en négociation ? Deux options sont envisageables : soit avant que l'action publique (enquête préliminaire) ne soit mise en mouvement, soit en cours d'information judiciaire. Quel est l'objet de la négociation ? L'exposé précis des faits reconnus par l'entreprise dans le cadre de la CJIP sera sans doute au cœur de la négociation, comme c'est le cas en matière de DPA.

Enfin, comment négocier ? Avec quels arguments ? Le dossier pénal n'est pas le seul levier, l'enquête interne - reconnue désormais comme une activité autorisée - offre également des perspectives. Par ailleurs, quelle stratégie de défense adopter ? La défense peut-elle continuer à se concevoir comme étant avant tout une « résistance » dont la vocation première reste de « faire dérailler le train de l'accusation », selon la belle formule d'Henri Leclerc. C'est sans doute, indique Astrid Mignon-Colombet, une conception plus coopérative de la défense pénale qui s'imposera en France dans toutes les affaires où une transaction est envisagée : la CJIP offre en effet à l'entreprise la possibilité de devenir acteur de sa propre sanction, par la négociation et l'application d'un programme de mise en conformité. En ce sens, c'est bien une révolution du droit pénal à laquelle nous assistons.

Laurent Cohen-Tanugi s'interroge à ce propos sur l'obligation de coopération : la loi Sapin II reste discrète sur les mesures de « désincitation » à ne pas coopérer, qui ne sont pas dans la culture française. Il est clair que l'entreprise a besoin d'un minimum de garanties sur le crédit de coopération qu'elle pourrait obtenir estime Astrid Mignon-Colombet. Or il n'existe pas en France

l'équivalent des *Federal Sentencing Guidelines* américains, qui définissent une fourchette de sanction qui dépend notamment du degré de coopération.

Emmanuel Breen soulève la question des transactions conjointes, qui permettraient au procureur français et à ses homologues américain, anglais ou autres de transiger ensemble avec une entreprise, ouvrant ainsi la voie à une forme de résolution globale du contentieux.

Didier Rebut rappelle que l'esprit de la CJIP, qui avait été réintroduite par le Parlement au cours des travaux préparatoires, était *in fine* de fournir une forme de garantie vis-à-vis du DOJ en permettant de s'assurer de sa non-ingérence. Mais c'est pour l'instant, selon lui, un pari sans aucune garantie de réciprocité ce qu'Elisabeth Zoller juge pour sa part très irréaliste.

Antoine Gaudemet insiste enfin sur le déplacement du poids et du coût de la poursuite du procureur vers l'entreprise, conséquence d'une tendance de fond qui voit les Etats désargentés enrôler les entreprises dans ses actions de régulation.

5) En synthèse, Me Laurent Cohen-Tanugi rappelle plusieurs idées centrales qui ont été au centre des débats de cette table-ronde.

Incontestablement, d'abord, le FCPA s'est imposé comme un standard mondial, via l'OCDE et les législations nationales, « fer de lance de la régulation internationale » dans ce domaine.

La notion d'extra-territorialité ensuite mérite d'être nuancée : au fond, les critiques visant ce concept ont-elles encore un sens à l'heure où la mondialisation des flux de tous types (financiers, criminels...) rend la notion même de territoires obsolète, impliquant une obligation de coopération internationale des systèmes juridiques et une circulation internationale rapide des législations ? Des différences demeurent néanmoins dans la mise en œuvre de ces

législations, c'est à dire les mécanismes de sanction, en un mot de l'*enforcement*, domaine les Etats-Unis demeurent en avance sur la pratique française malgré les avancées opérées par la loi Sapin II.

Moins pessimiste quant à l'usage unilatéral du FCPA, M. Cohen-Tanugi pour sa part insiste sur l'importance de deux cas récents, les dossiers VimpelCom et SBM Offshore, où le DOJ a clairement affirmé son espoir de voir les autres Etats participer aux enquêtes et aux sanctions à travers une forme de partage des tâches.

Il émet enfin une réserve : malgré les obligations de la loi Sapin II, des dirigeants français continuent à ne pas prendre la pleine mesure des risques, oscillant entre lenteur des prises de décision, refus d'allouer les moyens nécessaires, confusion entre *Compliance* et Ethique, voire ne renonçant pas à l'idée que la corruption est au fond un mal nécessaire. La question reste posée de savoir si les autorités françaises pourront changer ces mentalités, et sur ce qui pourrait durablement inciter les entreprises françaises à accepter des transactions alors que pour l'heure les procès n'aboutissent que rarement.

Compte-rendu réalisé en juin 2017 par Olivia Deshayes (Associate General Counsel, Stallergenes-Greer) et Fabien Laurençon (Group International Compliance Officer, Naval Group), DU « Compliance Officer », promotion 2017